

N° 436428, Commune de Saint-Julien-en-Genevois

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 12 février 2020

Lecture du 26 février 2020

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au mois de février 2019, la commune de Saint-Julien-en-Genevois (Haute-Savoie), a lancé un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution d'une concession de service portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains. Au terme de la procédure, à laquelle deux sociétés ont participé, la commune a retenu la candidature de la société Girod médias, titulaire sortant. Son concurrent, la société Jean-Claude Decaux France, a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Grenoble de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles il a fait droit par l'ordonnance contre laquelle la commune se pourvoit à présent en cassation.

Il a estimé qu'en l'absence d'indication des quantités maximales des mobiliers supplémentaires que la commune pourrait être amenée à acquérir auprès du titulaire, le critère n° 8, intitulé "coût supplémentaire pour la commune", pondéré à hauteur de 34 %, et portant sur le prix unitaire de ces différents mobiliers, laissait à la commune une marge de choix discrétionnaire constitutive d'une méconnaissance de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ce motif est contesté sous l'angle de l'erreur de droit, à juste titre nous semble-t-il.

Le principe d'une détermination par l'acheteur public de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire avant le lancement de la procédure est évidemment commun aux marchés publics (L. 2111-1 CCP) et aux concessions (L. 3111-1 CCP). Les termes "avec précision" qui ne figurent que dans l'article relatif aux marchés publics ne semblent pas ouvrir davantage de latitude aux autorités concédantes que celle qui est inhérente à ce dispositif contractuel et à la place qu'occupe la négociation dans le processus de sélection. Le contenu des avis de concessions et de marchés dans les annexes des directives relatives à ces contrats est d'ailleurs décrit dans les mêmes termes. L'exigence de détermination préalable de la nature et de l'étendue des besoins répond dans les deux catégories de contrat à la même finalité, qui est à la fois de permettre aux candidats d'y répondre le mieux possible et de pouvoir comparer leurs offres dans des conditions d'égalité et de transparence. Il ne ressort d'ailleurs pas des motifs de votre décision *Cne du Havre*, du 15 novembre 2017 (n° 412644, aux T), par laquelle vous avez censuré l'insuffisante détermination du périmètre géographique et temporel d'une concession, que vous ayez entendu marquer une nuance dans l'application de cette exigence fondamentale.

Une insuffisante définition des besoins ne peut que rejaillir sur les critères de sélection, qui ont pour fonction d'identifier l'offre qui y répondra le mieux et dont l'application ne doit pas, comme le rappelle souvent la CJUE, conférer à l'acheteur, par leur imprécision, une liberté de choix inconditionnée (CJCE, 17 déc 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, § 61 ; CJUE, 10 mai 2012,

Comm c/ Pays-Bas, C-368/10, § 87-88). C'est ce qu'illustre votre décision inédite du 15 décembre 2008, *communauté urbaine de Dunkerque* (n° 310380), dont s'est visiblement inspiré l'auteur de l'ordonnance attaquée, par laquelle vous avez jugé que faute de définir autrement que par quelques exemples les "services annexes" que les candidats étaient autorisés à présenter et sur lesquels la valeur technique de leurs offres étaient évaluées à hauteur de 30 %, les acheteurs n'avaient pas, "eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

Mais dans cette décision, l'imprécision affectait l'objet même de la prestation. Il n'en va pas de même de l'absence de quantité maximale pour l'achat de matériels à un prix unitaire, lorsque ces matériels sont identifiés.

Rappelons l'économie générale du contrat que la commune entendait conclure. Il s'agissait, comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises pour des contrats similaires tant par leur objet que par les modalités de rémunération du titulaire, d'une concession de service (CE, 5 février 2018, *Ville de Paris et SOMUPI*, n° 416579, aux Tables ; 25 mai 2018, *Société Philippe Védiaud Publicité, commune de Saint-Thibault-des-Vignes*, n°416825, au recueil). La plupart des mobiliers étant en place, les prestations portaient sur leur exploitation et leur entretien, avec une petite part de remplacement. Le cahier des charges de la concession prévoyait l'éventualité d'une extension du périmètre de la concession (extension du périmètre urbain, création d'une commune nouvelle, transfert de la compétence à un EPCI, etc.) et de "l'implantation ou du remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue par le présent contrat".

Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un contrat de concession, qui s'étale sur une certaine durée, en l'occurrence douze ans, envisage l'éventualité de modifications. L'article 36 du décret du 1^{er} février 2016 (aujourd'hui codifié à l'article R. 3131-1 du CCP) le prévoit "*sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque*" qui "*indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.*" Les clauses relatives à ces éventuelles extensions s'inscrivaient dans ce cadre.

D'une part, le caractère éventuel de cette extension ne saurait faire obstacle, par lui-même, à ce que l'autorité concédante introduise un critère de sélection des offres portant sur le coût de sa réalisation. Il s'agit bien d'un besoin, même s'il n'est pas certain, et sa satisfaction représentera un coût pour la commune.

D'autre part, nous ne voyons pas de raison de subordonner la régularité d'un critère fondé sur le prix unitaire à l'indication d'un volume de commande, par définition inconnu s'agissant d'une éventualité, ni même d'un maximum.

De manière générale, la détermination d'une quantité maximale ne nous paraît être une condition pour comparer des prix unitaires. Elle n'est par exemple pas requise pour la passation des accords-cadres, qui peuvent être attribués sur la base de prix unitaires pour l'achat de fournitures sans nécessairement fixer de quantités maximales.

Plus particulièrement en l'espèce, l'absence d'indication sur ce point n'entraînait pas de rupture d'égalité de traitement entre les candidats et ne conférait pas à l'acheteur une liberté de choix inconditionnée.

Sur le premier aspect, les candidats étaient placés sur un pied d'égalité face au caractère éventuel de l'extension du périmètre de la concession et aux besoins qu'elle pourrait créer. Ces données étaient d'ailleurs tout autant ignorées de la collectivité. L'acheteur comme les candidats

pouvaient par ailleurs, au vu du périmètre actuel de la concession, se faire une idée des marges d'extension : il s'agit d'une commune de 14 000 habitants, actuellement couverte par 47 mobiliers d'information municipale, 8 abris destinés au public, 3 écrans numériques. Les acquisitions nécessaires en vue d'une extension du périmètre de la concession n'auraient probablement pas excédé quelques dizaines d'unités. Les candidats étaient ainsi en mesure d'évaluer le risque de leurs propositions, au regard des recettes publicitaires attendues de la concession.

Sur le second aspect, les différentes propositions de prix que les candidats pouvaient faire étaient objectivement comparables, qu'elles prennent la forme de prix unitaire, de forfaits, de dégressivité au-delà d'une certaine quantité, etc., sans ouvrir à l'acheteur une liberté de choix inconditionnée, puisque celui-ci se trouvait dans la même situation d'ignorance de l'éventualité d'une extension du périmètre de la concession et des besoins qui en résulteraient que les candidats.

Ajoutons enfin que la position du juge des référés rendrait tout simplement impossible l'introduction d'un critère de sélection portant sur une prestation éventuelle du contrat de concession, dont par définition les modalités précises d'exécution ne sont pas connues. Or des contrats de longue durée ne peuvent déterminer avec précision tous les besoins qui se feront jour au cours de son exécution et il est préférable de permettre à la collectivité d'envisager ces adaptations et de s'assurer de leur coût, plutôt que de rendre impossibles de telles évolutions par des exigences excessives de précision dans la détermination des besoins et de provoquer des résiliations anticipées suivies de nouvelles conventions.

Nous vous proposons donc de juger que l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit en jugeant que l'absence de quantité maximale de mobiliers à acquérir éventuellement faisait obstacle à l'application régulière d'un critère fondé sur leur prix unitaire et d'annuler l'ordonnance attaquée. Vous n'aurez ainsi pas besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, également fondé, tiré d'une contradiction entre les motifs de l'ordonnance attaquée, qui envisage une reprise de la procédure au stade l'avis d'appel public à la concurrence, et son dispositif, qui enjoint à la commune, si elle entend poursuivre son projet, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des candidatures.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous devrez examiner les autres manquements invoqués par la société Jean-Claude Decaux.

Vous écarterez sans difficulté celui tiré de ce que la commune aurait dû lui attribuer la note maximale de 5/5 sur un sous-critère du critère n° 8 dont nous venons de parler, au motif qu'elle proposait de les fournir gratuitement, car, à le supposer fondé, ce manquement n'a pu léser la société évincée, puisque la note maximale qu'elle aurait obtenue ne lui aurait en tout état de cause pas permis de devancer la candidate retenue.

Le moyen tiré de ce que le critère n° 8 serait sans lien avec l'objet du marché et excessivement pondéré n'est pas plus fondé. Comme nous l'avons dit, les parties au contrat peuvent prévoir de futures adaptations du contrat. Le critère n° 8 porte sur les besoins susceptibles de naître de ces futures adaptations. Il est bien en rapport avec l'objet du contrat et sa pondération à 34 %, qui relève d'un choix de l'acheteur de la valorisation des qualités qu'il attend des offres sur lequel vous n'effectuez qu'un contrôle très distancié (CE, 7 mai 2013, *Département de Paris*, n° 364833), n'est pas manifestement excessive. Compte tenu du caractère en général très lucratif de l'activité concédée, il n'est pas illogique que la collectivité, qui devra faire l'acquisition des mobiliers supplémentaires, cherche à en reporter le plus possible la charge sur le titulaire.

Les deux moyens suivants sont plus intéressants.

Le premier est tiré de ce que l'offre retenue était anormalement basse, car elle proposait l'achat de mobiliers à 1 euro sans limitation de leur quantité (alors que la société évincée proposait de n'en fournir gratuitement que trois, les suivants étant facturés 700 euros), ce qui représenterait un coût d'autant moins réaliste que certains mobiliers, destinés exclusivement à de l'affichage municipal, ne généreront pas de recettes.

Vous n'avez à notre connaissance jamais eu l'occasion de vous prononcer sur l'opérance et, dans l'affirmative, l'application, de la notion d'offre anormalement basse en matière de concessions.

Le rejet d'une offre en raison de son caractère anormalement bas est prévu depuis longtemps par les dispositions applicables aux marchés publics (art 55 code des marchés publics ; il figure aujourd'hui aux articles L. 2152-5 et 6 du code de la commande publique), mais celles applicables aux concessions, de droit interne comme européennes, ne comportent aucune disposition similaire. Il est vrai que la notion même semble a priori peu pertinente dans un dispositif contractuel qui fait peser le risque d'exécution sur le titulaire. L'offre anormalement basse est définie par l'article précité du code de la commande publique, qui a repris votre jurisprudence, comme une « *offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ». C'est expressément, en ce qui concerne les marchés publics, une notion qui ne concerne qu'un élément de l'offre, le prix, et non l'ensemble de l'appréciation de l'avantage économique qu'elle représente. On pourrait ainsi se demander, mais la question est largement théorique, si cette notion trouve à s'appliquer à un marché qui ne comporte pas de critère de prix. Le prix fait presque toujours partie des critères de choix, et c'est bien sur le rapport entre les prestations proposées et le prix qui en est demandé que porte l'appréciation du caractère éventuellement manifestement bas de ce dernier.

Or, dans les concessions, le prix versé par l'acheteur ne peut, par définition, qu'avoir un rôle marginal dans l'équilibre économique du contrat et ne peut certainement pas, aussi bas soit-il, en compromettre la bonne exécution. Transposer la notion d'offre anormalement basse aux concessions implique donc de l'appliquer non pas au prix mais à l'équilibre économique général du contrat, la sous-évaluation manifeste qui caractérise l'offre anormalement basse portant sur le risque assumé par le concessionnaire au regard des prestations qu'il s'engage à accomplir. Pour le dire autrement, l'offre anormalement basse pour l'obtention d'une concession consisterait à proposer des prestations dont le coût pour l'opérateur est bien supérieur aux recettes de l'exploitation du service.

Cette transposition de la notion au droit des concessions n'est ni impossible, au prix d'une certaine adaptation, nous venons de le voir, ni inutile, dans la mesure où les objectifs qu'elle poursuit, à savoir de garantir la bonne exécution du contrat, sont tout aussi prégnants lorsque c'est l'exploitation même d'un service qui est externalisé, voire davantage lorsque ce service est un service public dont la personne publique doit garantir à ses usagers la continuité et la qualité. Vous pourriez donc admettre qu'une autorité concédante ayant reçu une offre qui lui apparaît manifestement structurellement déficitaire demande à son auteur des justifications sur sa viabilité économique et puisse la rejeter si ses explications ne l'ont pas convaincu. Cette hypothèse sera exceptionnelle car, a priori, il appartient aux candidats de mesurer leurs risques et de les assumer. Et le contrôle du juge sur la décision de l'autorité concédante sur ce point sera aussi voire encore plus distancé que celui qu'il exerce déjà en matière de marchés publics.

Si vous partagez cet avis, vous examinerez le moyen tiré de ce que l'offre était anormalement basse mais vous l'écarterez sans difficulté car il ne porte que sur le prix des mobiliers

supplémentaires. Il faudrait que les commandes de ces mobiliers non publicitaires à 1 euro soient considérables pour ruiner la société Girod et compromettre la bonne exécution d'un contrat dont elle évaluait le résultat à 230 000 euros, éventualité qui apparaît d'autant plus improbable que les modalités de l'extension du périmètre de la concession doit faire l'objet d'un réexamen par les parties.

Le dernier manquement relevé par la société évincée est tiré de l'absence d'indication de la valeur estimée du contrat de concession qui, selon elle, ne lui aurait pas permis d'évaluer le nombre de mobiliers supplémentaires. Cette question est distincte de celle de l'imprécision du critère du prix faute d'indication d'une quantité maximum de commandes car elle porte sur la valeur estimée du contrat dans son ensemble.

Cette estimation est d'abord nécessaire à l'acheteur pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence applicables lorsqu'elles dépendent du montant du contrat. Même si ces règles sont moins nombreuses en matière de concessions que pour les marchés, elles conditionnent tout de même le choix entre la procédure normale et la procédure allégée et l'ampleur de la publicité.

Cette valeur totale estimée doit ensuite figurer dans l'avis de concession, en application de l'article 14 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions, applicable en l'espèce (art R 3122-1 CCP), aux termes duquel "*l'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé*", lequel (annexe XXI du règlement) comporte une ligne (II.1.5) "*Valeur totale estimée*", avec en note "*le cas échéant*". Ce règlement d'exécution de la Commission (2015/1986) est pris pour l'application de l'article 31.2 de la directive 2014/23 relative aux concessions qui dispose que les avis de concessions contiennent les informations visées à l'annexe V, laquelle mentionne au titre de la "*description de la concession*" son "*ordre de grandeur - valeur indicative*".

La portée exacte de l'indication "*le cas échéant*" en note sur le formulaire n'est pas très claire, mais il nous paraît difficile de l'interpréter comme rendant l'information sur ce point facultative, compte tenu d'un récent arrêt de la CJUE (CJUE, 19 décembre 2018, *Autorita Garante della concorrenza e del mercato*, aff. C-216/17) qui a écarté cette interprétation des mêmes termes à propos de l'indication dans les avis de marchés d'accords-cadres des quantités envisagées. Elle a justifié le caractère impératif de cette indication par quatre raisons : l'existence de plusieurs autres dispositions imposant aux acheteurs de déterminer le montant maximal des fournitures ou services; l'obligation pour les marchés subséquents de respecter une limite fixée par l'accord-cadre; la nécessité d'une information claire, précise et univoque des opérateurs économiques sur l'objet du marché ; la prévention du risque d'un recours abusif à ce type de marchés. Vous aviez vous-mêmes jugé sous l'empire des dispositions de la directive 2004/18/CE et de son règlement d'exécution qui prévoyait une indication dans l'avis d'appel d'offres des quantités globales d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum, qu'elle était obligatoire (CE, 24 octobre 2008, *cté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, aux T sur ce point).

Ces raisons ne valent pas toutes pour les concessions. A vrai dire, la seule qui apparaît transposable est celle relative à l'information des opérateurs économiques, afin de susciter la plus large concurrence possible. Mais elle pèse probablement d'un poids particulier, ainsi que cela ressort des conclusions de l'avocat général qui soulignait que "si la mention du volume total de prestations (estimées) n'apparaît pas ou que les bases pour calculer celles-ci sont hypothétiques, il est peu probable que les soumissionnaires puissent apprécier s'ils ont intérêt à concourir".

Par ailleurs, on voit mal à quelle hypothèse pourrait renvoyer « le cas échéant », puisqu'à priori, il est toujours possible, parce qu'il est toujours nécessaire, de déterminer une valeur estimative totale de la concession.

L'indication de la valeur estimative du contrat est donc obligatoire dans les avis de concessions et, en l'espèce, elle n'y figurait pas.

Mais cette absence ne nous paraît pas susceptible d'avoir lésé la candidate évincée car, comme nous venons de le dire, elle a pour but de donner aux opérateurs économiques une information qui peut leur être utile pour savoir s'ils ont intérêt à concourir. Seules les personnes qui font valoir qu'elles ont été dissuadées de candidater à un contrat dont elles ignoraient la valeur globale nous semblent donc susceptibles d'être lésées par ce manquement. Pour celles qui se sont portées candidates, cette absence d'information n'a pas affecté leur appréciation de leur intérêt à candidater et elles pouvaient toujours, au cours de la procédure, demander à l'autorité concédante des informations complémentaires pour construire leurs offres. Vous avez récemment adopté ce raisonnement pour la passation d'un accord-cadre (CE, 12 juin 2019, *sté Prezioso Linjebygg*, n° 427397) et elle nous semble valoir a fortiori pour la passation d'une concession.

Ajoutons qu'au demeurant la société Decaux ne se plaint de l'absence d'indication de la valeur estimée du contrat qu'en tant qu'il ne précise pas de volume des mobiliers supplémentaires. Mais ce degré de précision excède probablement ce qui est exigé au titre de la valeur estimative totale de la concession, valeur dans laquelle l'acquisition éventuelle de mobiliers supplémentaires ne devrait pas représenter une part significative, sauf à modifier la qualification du contrat, ce que personne ne soutient.

EPCMNC : - Annulation des articles 2 et 3 de l'ordonnance attaquée (l'article 1er donnant acte du désistement de la société Decaux de certaines conclusions);

- Rejet du référé ;

- Mettiez à la charge de la société Decaux le versement à la commune de St Julien en Genevois d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a engagés devant vous et devant le juge des référés.